



sur

Direitos Humanos em Movimento

Perspectivas

NICOLE FRITZ

Litígio em direitos humanos na África Austral: Dificuldades em rebater a opinião pública prevalecente

MANDIRA SHARMA

Pondo as leis em funcionamento: Experiências do *Advocacy Forum* na prevenção da tortura no Nepal

MARIA LÚCIA DA SILVEIRA

Direitos humanos e mudanças sociais em Angola

SALVADOR NKAMATE

A luta pela afirmação dos direitos humanos em Moçambique: Os avanços e os retrocessos

HARIS AZHAR

A luta pelos direitos humanos na Indonésia: Avanços internacionais, impasses internos

HAN DONGFANG

Vislumbrando um futuro democrático na China

ANA VALÉRIA ARAUJO

Desafios de sustentabilidade da agenda de direitos humanos no Brasil

MAGGIE BEIRNE

Estaríamos jogando fora o bebê com a água do banho? A dinâmica Norte-Sul na perspectiva do trabalho em direitos humanos na Irlanda do Norte

ENTREVISTA COM MARÍA-I. FAGUAGA IGLESIAS

“As particularidades de Cuba nem sempre são identificadas ou compreendidas pelos ativistas de direitos humanos de outros países”



Nicole Fritz

Nicole Fritz é diretora-executiva do *Southern Africa Litigation Centre* (SALC, sigla em inglês) sediado em Johannesburg, África do Sul. O SALC trabalha na promoção e avanço dos direitos humanos e do Estado de Direito na África Austral, principalmente apoiando o litígio estratégico e a capacitação.

Email: nicolef@salc.org.za

RESUMO

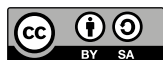
Quando se trata de casos judiciais polêmicos, os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para a produção de mudança social? Este artigo debate essa questão, analisando estratégias de litígio no contexto africano. A autora se foca em três questões: a falta de apoio popular ao caso da pena de morte que foi decidido pelo Tribunal Constitucional da África do Sul; a perda de apoio dos Estados a tribunais regionais, como o Tribunal da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC, na sigla em inglês); e, por fim, a autocontenção judicial em um caso envolvendo o direito consuetudinário na Botsuana. Ao explorar essas questões, a autora argumenta de maneira contraintuitiva que, se as organizações da sociedade civil buscam a efetiva proteção e promoção de direitos, esse objetivo de longo prazo, por vezes, requer distanciamento, no curto prazo, de um discurso de direitos em favor de uma abordagem mais populista. Ao debater que este nem sempre é o caso, a autora contextualiza o potencial de mudança social do litígio de interesse público vis-à-vis a necessidade de conquistar e manter apoio popular e dos Estados aos direitos humanos.

Original em português. Traduzido por Fernando Sciré.

Recebido em abril de 2014.

PALAVRAS-CHAVE

Opinião Pública – Litígio – Tribunal da SADC – Botsuana – Pena de Morte



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <<http://conectas.org/pt/acoes/sur>>.

LITÍGIO EM DIREITOS HUMANOS NA ÁFRICA AUSTRAL: DIFICULDADES EM REBATER A OPINIÃO PÚBLICA PREVALECENTE

Nicole Fritz

Foi solicitado a mim que eu refletisse sobre a pergunta: os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para produzir mudança social? Como diretora do *Southern Africa Litigation Centre* (SALC, na sigla em inglês), uma organização que primeiramente busca promover apoio ao litígio de direitos humanos e de interesse público na região da África Austral, estou particularmente interessada nessa questão, já que ela está relacionada ao litígio. E, claro, quando litigamos por direitos humanos e questões relacionadas a interesses públicos fazemos isso principalmente dentro dos parâmetros previstos pelas dispositivos de direitos que encontramos nas Constituições nacionais e instrumentos regionais e internacionais aplicáveis mesmo em lugares antidemocráticos e aparentemente hostis a direitos, como a Suazilândia. Deste modo, é de se supor que a minha resposta, necessariamente, seria um simples “sim, os direitos humanos ainda são uma linguagem eficaz para a produção de mudança social”.

No entanto, gostaria de argumentar, de maneira contraintuitiva, que como almejamos a efetiva proteção e promoção de direitos, este objetivo de longo prazo, por vezes, requer distanciamento em curto prazo de um discurso de direitos em favor de uma abordagem mais populista. Colocando de outra forma, mudança social - no sentido que os direitos humanos são promovidos e conquistados - às vezes requer referência, ou mesmo deferência, aos costumes sociais e políticos prevalentes.

1 Pena de morte e opinião pública

Para começar, vale a pena examinar o bastante conhecido julgamento sobre o uso da pena de morte no caso *S v. Makwanyane*, realizado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul em 1995. Fazendo uso de grande linguagem poética, o Tribunal deixou claro que a pena de morte ia contra uma série de disposições de direitos

contidos na então recém promulgada Constituição Interina de 1994. O Tribunal, baseado em uma questão de princípios, foi indiferente ao fato de que a opinião pública apoiou fortemente a manutenção da pena de morte. Conforme o Juiz Chaskalson explicou:

A opinião pública pode ter alguma relevância para a questão, mas, por si só, não é substituta do dever atribuído aos Tribunais de interpretar a Constituição e tomar suas decisões sem medo ou favorecimento. Se a opinião pública fosse decisiva, não haveria necessidade de jurisdição constitucional. A proteção de direitos poderia, então, ser deixada para o Parlamento, que tem um mandato popular, e é responsável perante a população pela forma como o seu mandato é exercido, mas isso seria um retorno à soberania parlamentar, e um retrocesso em relação à nova ordem legal estabelecida pela Constituição de 1993. Da mesma forma, a questão da constitucionalidade da pena de morte não pode ser submetida a um referendo, no qual a opinião da maioria prevaleceria sobre os desejos de qualquer minoria. A razão mesma para o estabelecimento da nova ordem jurídica e para a decisão de dar poder de revisão judicial de toda legislação aos tribunais é proteger os direitos das minorias e dos demais que não podem proteger os seus direitos de forma adequada pelo processo democrático. Dentre aqueles que têm o direito de reivindicar essa proteção, estão incluídos os párias sociais e as pessoas marginalizadas de nossa sociedade. Somente se houver a vontade de proteger o mais destituído e fraco entre nós, é que todos nós poderemos estar seguros que os nossos próprios direitos serão protegidos.

(SOUTH AFRICA, S v. Makwanyane and Another, 1995, para. 88).

No entanto, apesar da argumentação sobre o papel dos tribunais estar inegavelmente correta e a linha de raciocínio jurídico do juiz Chaskalson não poder ser criticada, caso a decisão da corte e a rejeição da opinião pública sobre essa questão tivesse provocado uma enorme reação pública, o Tribunal e sua legitimidade poderiam ter sido postos em perigo, e com isto toda a iniciativa constitucional.

Naquele contexto, nenhuma reação perigosa foi dirigida à decisão do Tribunal e o Tribunal sabia que era improvável que fosse provocada uma crise de legitimidade, pois, apesar da opinião pública apoiar na época (e continuar a apoiar atualmente) a manutenção da pena de morte, o Congresso Nacional Africano (ANC, na sigla em inglês), partido majoritário da África do Sul, não defende a pena de morte. É claro que o ANC poderia ter legislado sobre o assunto, em vez de permitir que esta questão controversa fosse posta à prova no novo tribunal. No entanto, o Tribunal pôde emitir sua sentença contra a pena de morte, com a certeza de que não iria incorrer na oposição do partido no poder.

2 Tribunais regionais e aceitação dos Estados

Outro exemplo, em um contexto diferente e com um resultado muito menos feliz, se refere ao Tribunal da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC, na sigla em inglês). O Tribunal foi estabelecido como parte da comunidade econômica regional e tinha como objetivo resolver conflitos entre os Estados, bem como entre

os Estados e habitantes da região. De modo previsível, em seu curto período de vida, as únicas disputas submetidas a ele foram de indivíduos contra Estados.

Alguns dos primeiros casos apresentados perante o Tribunal se referiam ao controverso processo de desapropriação de terras no Zimbábue. Em 2007, o Tribunal proferiu uma sentença contra o Zimbábue, no caso *Campbell (Pvt) Ltd and Others v. The Republic of Zimbabwe and Others* (SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY TRIBUNAL, 2008) argumentando que a lei no Zimbábue, ao negar jurisdição aos tribunais domésticos para decidir sobre a legalidade das desapropriações de terras, violou o Estado de Direito na medida em que negou aos requerentes o direito de acesso aos tribunais e o direito a um julgamento justo. O Tribunal também decidiu que a lei impugnada, ao se destinar apenas a fazendeiros brancos, independentemente de outros fatores, correspondia à discriminação racial indireta e, portanto, era ilegal. O Tribunal enfatizou que a sua decisão teria sido diferente se as desapropriações de terras tivessem sido realizadas de forma razoável e objetiva, e não de modo arbitrário (NATHAN, 2011, p.126).

O Zimbábue se recusou a cumprir as decisões obrigando os autores a apresentar vários recursos perante o Tribunal - em 2008, 2009 e 2010 - requerendo que o Estado fosse punido por violar e descumprir a decisão de 2007. O Tribunal decidiu em favor dos requerentes em todas as instâncias, constatando que o Zimbábue não tinha cumprido as suas decisões e destacando que iria relatar estes resultados na Cúpula da SADC para que ações apropriadas fossem tomadas.

Em setembro de 2009, o Zimbábue anunciou que não reconhecia a jurisdição do Tribunal - apesar de ter indicado um juiz para ser nomeado pelo Tribunal e um consultor para representá-lo perante o Tribunal. O país também circulou um parecer jurídico argumentando que o Tribunal não tinha sido legalmente estabelecido, suas decisões não eram de caráter vinculante e os Estados membros não tinham a obrigação de obedecer a sua jurisdição. Além disso, o Zimbábue fez um intenso lobby junto a outros Estados Membros da SADC, em uma tentativa de conquistar apoio a essa posição.

Nesse ínterim, a Cúpula da SADC recebeu um relato do Tribunal sobre o não-cumprimento de suas decisões pelo Zimbábue e uma solicitação anexa com “medidas apropriadas” a serem tomadas para fazer valer o cumprimento de suas decisões. A Cúpula poderia ter adotado sanções ou a suspensão do país da SADC. Mas, ao invés de suspender o Zimbábue, a Cúpula preferiu suspender o Tribunal, sob o pretexto de um processo de revisão - anunciando em sua reunião de cúpula em agosto de 2010 que o papel, funções e termos de referência do Tribunal seriam revistos e junto a esse anúncio emitiu uma instrução que previa que o Tribunal não deveria assumir nenhum caso novo. A Cúpula tampouco renovou os mandatos dos juízes do Tribunal, e dessa forma não permitiu que o Tribunal possuísse quórum suficiente para julgar os casos já em andamento. Em decisão posterior em 2012, a Cúpula anunciou que um novo protocolo do Tribunal seria negociado e que qualquer novo tribunal só seria autorizado a julgar as disputas entre Estados Membros.

Em retrospectiva, parece evidente que os casos de desapropriações de terras no Zimbábue, idealmente, nunca deveriam estar entre os primeiros processos julgados pelo Tribunal. É difícil para todos os tribunais resistir à constante pressão política, porém os novos tribunais - nacionais, regionais ou internacionais - são particularmente

frágeis. Eles não detêm nem o poder, nem os meios financeiros e, para sobreviver, dependem de questões muito mais efêmeras: a aceitação de sua legitimidade e autoridade. Na medida em que os novos tribunais cultivam, em seus primeiros anos, essa cultura de aceitação, eles quase não possuem recursos para assumir assuntos politicamente mais controversos - a menos que possam ter a certeza, como o Tribunal Constitucional da África do Sul, que a reação provocada seria controlada.

Conforme os acadêmicos da área jurídica Garrity-Rokous e Brescia (GARRITY-ROKOUS; BRESCIA, 1993, p. 560) argumentam:

Enquanto a publicidade negativa pode influenciar um Estado a cumprir uma sentença, um tribunal de direitos humanos ou comissão pode exercer pressão sobre um Estado apenas correndo o risco de comprometer o apoio voluntário do Estado em relação ao próprio sistema. Desta forma, os sistemas regionais são reféns de uma tensão entre manter a unidade política e proteger os direitos individuais.

Para os juízes dos novos tribunais regionais, não é suficiente decidir exclusivamente com base no domínio legal. Eles terão de “colocar na balança a proteção dos direitos humanos em casos individuais em face das potenciais consequências de longo prazo de suas decisões, um equilíbrio que requer uma avaliação constante do meio social e político” (GARRITY-ROKOUS; BRESCIA, 1993, p. 562). Eles também têm que entender até que ponto os direitos em questão “podem ser realizados nas condições prevalentes” e qual a melhor forma “de incentivar os governos e as sociedades de seus Estados-membros a aceitar direitos - uma condição necessária para o estabelecimento efetivo de qualquer direito, independentemente de seu conteúdo” (GARRITY-ROKOUS; BRESCIA, 1993, p. 562).

Devido a esse conflito entre a unidade política e proteção de direitos individuais, Garrity-Rokous e Brescia propõem que os tribunais regionais de direitos humanos façam uso de mecanismos processuais, como a admissibilidade e legitimidade, para se absterem diante de casos politicamente controversos que têm maior probabilidade de romper a unidade política, preservando, dessa forma, a possibilidade posterior do tribunal de emitir uma decisão substantiva sobre um assunto semelhante, quando ele estiver melhor estabelecido ou quando o apoio governamental e público ao direito tiver crescido (GARRITY-ROKOUS; BRESCIA, 1993, p. 564).

É óbvio que nos casos politicamente mais controversos é mais difícil obter acesso à justiça. E, conforme Garrity-Rokous e Brescia também observam, a preocupação excessiva por parte dos tribunais regionais por unidade política pode, da mesma maneira, diminuir a legitimidade a longo prazo do sistema. Isso pode ocorrer quando os direitos de devido processo legal, incluindo o direito de acesso aos tribunais do sistema regional, são desconsiderados, levando o público a perder completamente a fé no sistema, “portanto, reduzindo enormemente a capacidade do sistema a longo prazo de proteger tanto direitos substantivos, quanto processuais” (GARRITY-ROKOUS; BRESCIA, 1993, p. 565).

Mas, novamente, isso demonstra a necessidade por parte dos tribunais regionais, e daqueles que procuram utilizá-los, de realizar uma constante avaliação do meio político e social. Não obstante, se a necessidade de tal avaliação é mais aguda em

relação aos tribunais regionais, esta não deixa de ser uma avaliação que deve ser feita também por outros tribunais nacionais.

3 Direito consuetudinário e autocontenção judicial

Este é o último exemplo analisado neste artigo e felizmente de maior sucesso. Recentemente, o *Southern Africa Litigation Centre* (SALC, na sigla em inglês), apoiou um caso em Botsuana levado à justiça por três irmãs contestando uma regra de direito consuetudinário que previa, alegadamente, que somente homens têm direito de herdar propriedades familiares. No Supremo Tribunal, o juiz determinou que a regra de direito consuetudinário, que nega às mulheres o direito a herdar propriedades familiares, viola o direito à igualdade. Esta decisão foi baseada na supremacia da Constituição perante todas as outras leis, incluindo o direito consuetudinário.

Para o Supremo Tribunal de Botsuana, a consequência da regra consuetudinária era que as mulheres tinham direitos de herança limitados em comparação com seus irmãos e que isso significava que as filhas poderiam ser despejadas de suas propriedades familiares. O Supremo Tribunal determinou que:

[A] regra [em questão] é tendenciosa contra as mulheres [...] Esta grave e injustificável discriminação não pode ser justificada com base na cultura [...] Não pode ser uma justificativa aceitável dizer que a discriminação contra as mulheres é cultural [...] Tal abordagem iria [...] constituir a traição mais flagrante das disposições expressas na Constituição e dos valores que ela representa [...] [a regra em questão] não tem lugar em uma sociedade democrática, que está submetida à supremacia da Constituição - uma Constituição que consolida o direito à igualdade.

(BOTSWANA, *Mmusi & Others v. Ramantele & Another*, 2012, para. 200-202)

De modo notável, o Supremo Tribunal também rejeitou inequivocamente a percepção de que a declaração de inconstitucionalidade iria contra o interesse público, já que a opinião pública não estava a favor de direitos iguais para as mulheres, afirmando que:

Este tribunal também rejeita abertamente qualquer sugestão [...] de que este tribunal deve levar em conta o estado de espírito da sociedade para determinar se há violação dos direitos constitucionais, pois isso mina a própria finalidade para a qual os tribunais foram estabelecidos.

(BOTSWANA, *Mmusi & Others v. Ramantele & Another*, 2012, para. 197).

Usando uma linguagem que ativistas de direitos humanos apenas poderiam aplaudir, o juiz foi adiante e pronunciou “acredito que já está na hora dos juízes deste tribunal assumir o papel de obstetras e ajudar na concepção de um novo mundo que luta para nascer, um mundo de igualdade entre homens e mulheres como previsto pelos autores da Constituição” (BOTSWANA, *Mmusi & Others v. Ramantele & Another*, 2012, para. 217).

Na fase recursal, o Tribunal de Recursos da Botsuana, assim como o Supremo Tribunal, proferiu sentença a favor das irmãs, argumentando que elas não poderiam

ser desfavorecidas da posse de sua propriedade familiar, mas fez isso usando uma estratégia muito diferente do Supremo Tribunal. Na verdade, o Tribunal de Recursos repreendeu o juiz do Supremo Tribunal por, potencialmente, ter dado um:

Sinal errado àqueles que não estão cientes da importância do papel de um juiz/uma juíza, ou seja, de solucionar disputas perante ele/ela e interpretar a lei a ser aplicada na disputa trazida perante ele/ela. Não cabe aos juizes abordar problemas que não surjam diretamente do caso que está sendo tratado por mais importantes que estes problemas possam ser.

(BOTSWANA, *Mmusi & Others v. Ramantele & Another*, 2012, para. 217).

O Tribunal de Recursos determinou que o caso fosse concluído sem ter que ser baseado em direitos constitucionais: que entre outras coisas, a suposta regra - ao ser injusta, desigual e imoral - não preenchia os requisitos para ser reconhecida como um direito consuetudinário. Sem dúvida, a sentença foi menos pomposa em sua retórica do que o do Supremo Tribunal. No entanto, sem dúvida, foi resoluta.

O raciocínio limitado e consciente do Tribunal de Recursos - mais preocupado com os fatos particulares do caso do que com o julgamento do Supremo Tribunal e menos baseado na linguagem dos direitos humanos - produz um resultado muito menos sujeito de ser objeto de ataque e torna muito mais provável que sua aceitação social seja conquistada na ainda bastante conservadora Botsuana do que caso o Supremo Tribunal tivesse tido a última palavra.

4 Conclusão

Neste curto artigo, fazendo referência a alguns exemplos, procurei argumentar que na esfera do litígio de interesse público, a linguagem dos direitos humanos nem sempre é a ferramenta mais eficaz para a produção de mudança social, ou melhor, que a linguagem dos direitos humanos - se for desatenta às realidades sociais e econômicas vigentes - pode muitas vezes não conseguir produzir a mudança social que almejamos. Isso não quer dizer que só devemos utilizar a linguagem dos direitos humanos quando as forças políticas e econômicas predominantes forem congruentes - se este fosse o caso, muitas pessoas e causas nunca iriam receber auxílio jurídico. Mas isso requer que aqueles entre nós que se comprometem com o litígio de interesse público estejam muito atentos aos contextos sociais, políticos e econômicos relevantes nos quais utilizamos medidas legais, mesmo que, em última instância decidamos desconsiderá-los.

REFERÊNCIAS

Bibliografia e outras fontes

GARRITY-ROKOUS, Gates; BRESCIA, Raymond H. 1993. Procedural Justice and International Human Rights: Towards a Procedural Jurisprudence for Human Rights Tribunals. *Yale Journal of International Law*, v. 18. p. 559–605.

NATHAN, Laurie. 2011. Solidarity triumphs over democracy: the dissolution of the SADC Tribunal. *Development Dialogue*, v. 57. p. 124–137.

Jurisprudence

BOTSWANA. 2012. High Court. *Mmusi & Others v. Ramantele & Another*, [2012] BWHC 1.

_____. 2013. Court of Appeal. *Ramantele v. Mmusi & Others*, [2013] BWCA 1.

SOUTH AFRICA. 1995. Constitutional Court. *State v. Makwanyane and Another*, 1995 (3) SA 391.

SOUTHERN AFRICAN DEVELOPMENT COMMUNITY TRIBUNAL. 2008. *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. Republic of Zimbabwe*, SADC(T) No. 2/2007.